



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA

Gli Speciali

Luglio 2023

Ne bis in idem: origini ed evoluzione del principio a livello interno e internazionale

www.rivistaoidu.net

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI
Gli Speciali
Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnulf – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgorgue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prosperi – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma anonima, a due *referees*, che decidono sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Ne bis in idem: origini ed
evoluzione del principio a livello
interno e internazionale

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 3/2023
luglio 2023

ISSN 2284-3531



INDICE

LINA PANELLA e STEFANO RUGGERI, <i>Prefazione</i>	I
---	---

Sezione I

Inquadramento sistematico del principio del *ne bis in idem*

STEFANO RUGGERI, <i>Norma, giudizio e giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità</i>	1
LINA PANELLA, <i>Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza CEDU</i>	31
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>Ne bis in idem transnazionale</i>	47
FRANCESCA PERRINI, <i>Il ne bis in idem nella giurisdizione penale internazionale</i>	62

Sezione II

Ne bis in idem e tutela di situazioni giuridiche soggettive

DIEGO FOTI, <i>Il giudicato come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: ne bis in idem e concorso formale eterogeneo nella dialettica tra CEDU e Corte costituzionale italiana</i>	71
ELISEA MALINO, <i>Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale</i>	81
VIVIANA DI NUZZO, <i>Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa</i>	99
CLAUDIO ORLANDO, <i>Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo</i>	119

Sezione III

Ne bis in idem e ordinamento dell'Unione europea: una garanzia multiforme

ANTONELLA FALCONE, <i>Ne bis in idem e procedimento estradizionale: il problema dell'efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo nello scenario giuridico europeo</i>	133
GIULIA COLAVECCHIO, <i>L'attuazione del principio ne bis in idem nell'ambito del mandato d'arresto europeo</i>	152
MICHELE MESSINA, <i>Il ne bis in idem nel diritto europeo della concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?</i>	170

IL *NE BIS IN IDEM* NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA: SEGNALI DI UNIFORMITÀ APPLICATIVA NELL'UNIONE?

MICHELE MESSINA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La rilevanza del *ne bis in idem* nell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza nell'UE. – 3. (*segue*) Il criterio dell'"interesse giuridico tutelato" quale elemento distintivo dell'applicazione del principio al diritto UE della concorrenza. – 4. Le recenti pronunce della Corte di giustizia UE e il superamento (solo formale?) del criterio dell'"interesse giuridico tutelato" – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il *ne bis in idem* è stato lungamente applicato all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea¹ in quanto principio generale del diritto dell'UE². Lo stesso oggi ha ormai pienamente assunto lo *status* di diritto fondamentale, in virtù della sua previsione all'interno dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³. Il riconoscimento del *ne bis in idem* a livello dell'Unione ha comportato un'estensione della portata della tutela oltre i confini nazionali degli Stati membri – come accade nel caso della garanzia prevista dalla CEDU⁴ – includendo anche quelle situazioni transfrontaliere, pur all'interno dell'UE. Il *ne bis in idem* si applica anche all'ambito di applicazione delle norme dell'Unione in materia di concorrenza, quindi degli artt. 101 e 102 TFUE, in funzione delle similitudini dei procedimenti ivi contemplati, ma soprattutto delle decisioni adottate dalla Commissione, in particolare quando la stessa impone delle sanzioni pecuniarie nei confronti dei destinatari, con i procedimenti e le decisioni tipiche della sfera penale. L'applicazione del principio in parola nel settore del diritto della concorrenza dell'Unione, tuttavia, non è stata sempre in linea con gli altri ambiti di applicazione all'interno dell'ordinamento UE, contribuendo a

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Sullo sviluppo del principio del *ne bis in idem* nel diritto UE, si vedano, *ex multis*, W.B. VAN BOCKEL (a cura di) *Ne bis in idem in EU Law*, Cambridge, 2016; e, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. int. dir. priv. proc.*, 2002, p. 923 ss.

² Sentenza della Corte del 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P *et al.*, *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) et al. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2002:582, punto 59, in cui il giudice UE ha affermato l'applicazione del principio in parola in materia di concorrenza come derivante dall'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU e implicante il divieto «che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile».

³ Occorre ricordare che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è divenuta vincolante l'1 dicembre 2009, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona che, nel modificare l'art. 6, par. 1, TUE, ha previsto che la Carta avesse lo stesso valore giuridico dei trattati.

⁴ Si veda, a tal riguardo, la tutela garantita dall'art. 4, Protocollo n. 7, allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU).

rendere non particolarmente uniforme l'applicazione della regola del *ne bis in idem* nell'Unione.

Il presente scritto ripercorre brevemente le ragioni dell'applicazione del principio all'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione, nonché della rilevanza dell'elemento che ha contribuito alla peculiarità della sua applicazione al settore in parola, ossia il criterio dell'"interesse giuridico tutelato" nell'individuazione dell'*idem factum*; nozione, quest'ultima, soggetta a diverse interpretazioni, che hanno fatto sorgere non pochi problemi applicativi⁵. Dopo la trattazione di tali aspetti peculiari dell'applicazione del *ne bis in idem* all'ambito del diritto della concorrenza, ci si concentra su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia, con cui il giudice UE ha tentato di superare quelle differenze che hanno caratterizzato l'applicazione del *ne bis in idem* nel settore *antitrust*, assicurando così un'applicazione più uniforme del principio nell'intero ordinamento giuridico dell'UE, senza elementi distintivi tra i diversi settori interessati.

2. La rilevanza del principio nell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza nell'UE

L'applicazione del principio del *ne bis in idem*, di derivazione marcatamente penalistica, al diritto della concorrenza, com'è noto, è dipesa dalla classificazione delle sanzioni *antitrust* come aventi carattere penale. Infatti, l'applicazione delle norme UE sulla concorrenza è stata da sempre caratterizzata da una tensione di base tra il carattere formalmente amministrativo del procedimento dinanzi alla Commissione, ulteriormente suffragato dall'espressa previsione dell'art. 23, par. 5, del regolamento 1/2003, che sancisce il carattere "non penale" delle sanzioni *antitrust*⁶, e la sostanza dei singoli casi, i quali, seppur in generale, presentano i caratteri tipici della disciplina penale⁷. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE non è stata particolarmente chiarificatrice e univoca, in quanto pur riconoscendo l'applicabilità "astratta" del rispetto dei diritti di difesa, sia durante il procedimento dinanzi alla Commissione, sia in sede di comminazione delle sanzioni⁸, ammettendo implicitamente la natura penale delle sanzioni *antitrust*, in altre occasioni tale natura non è stata affermata con altrettanta evidenza, quantomeno in un primo tempo⁹. La

⁵ Su tali problematiche, si veda, *ex multis*, P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.

⁶ Per un'analisi approfondita delle ragioni che hanno determinato la previsione del carattere "non penale" delle sanzioni *antitrust*, si veda, C. SCHEPISI, *Sanzioni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di) *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 267 ss., 305 ss.

⁷ Si veda, a tal riguardo, R. WESSELING, *Comment on Joined Cases C-238/99 P et al., LVM et al. v Commission*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2004, p. 1141 ss.

⁸ Si veda, la sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, punto 9, in cui il giudice UE ha affermato che: «il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penali di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa».

⁹ A questo riguardo, il fatto che l'ammenda o la penali di mora potesse essere imposta solo nei confronti di imprese e mai di persone fisiche costituiva l'elemento centrale su cui si fondava il carattere amministrativo delle sanzioni; sebbene, con il tempo, la giurisprudenza del giudice dell'Unione è andata avvicinando le sanzioni *antitrust* a quelle penali, sostanzialmente equiparando le due categorie. Si vedano, C. SCHEPISI, *Sanzioni*, cit., p.

determinazione della natura penale o meno delle sanzioni *antitrust* è pertanto fondamentale per l'operatività del *ne bis in idem*, visto che il carattere puramente amministrativo di un'ammenda non preclude, ai sensi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, una sua combinazione con una successiva sanzione penale nei confronti dei medesimi soggetti e sui medesimi fatti¹⁰. Tuttavia, ben presto, le tutele derivanti dalle disposizioni della CEDU sono apparse applicabili alle sanzioni *antitrust* UE, in virtù di una giurisprudenza sviluppatasi in ambito CEDU, che ha condotto a una dilatazione della nozione di materia "penale", assumendo un significato "autonomo" rispetto alle indicazioni fornite dagli ordinamenti nazionali, per quanto concerne la natura penale delle infrazioni, che assumerebbero solo un valore relativo¹¹. Così facendo, è ormai difficile, se non impossibile, negare che l'applicazione dei criteri indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU conduca alla conclusione che i procedimenti ai sensi del regolamento 1/2003 – per mezzo dei quali la Commissione può adottare delle decisioni con cui constata una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, ordinandone la cessazione e, se del caso, imponendone delle ammende – integrino la determinazione di un'"accusa penale" ai sensi dell'art. 6 della CEDU¹². Di conseguenza, la disposizione dell'art. 23, par. 5, del regolamento 1/2003, che prevede il carattere "non penale" delle sanzioni *antitrust*, è andata assumendo un carattere sempre meno decisivo per il giudice dell'UE ai fini della determinazione della natura "penale" delle sanzioni in oggetto¹³. Le stesse considerazioni possono esprimersi anche con riguardo ai procedimenti nazionali in materia finalizzati all'imposizioni di ammende per la violazione degli artt. 101 o 102 TFUE¹⁴.

Dopo aver definito le premesse per la rilevanza del *ne bis in idem* nei procedimenti per l'applicazione delle norme UE in materia di concorrenza, uno degli ambiti che ha riscosso maggiore interesse, negli anni, ha riguardato l'applicazione del principio in parola nei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali degli Stati membri¹⁵. La prima

306; C. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*⁵, London, 2005, p. 362, 367 s.; A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*², Oxford, 2004, p. 1118.

¹⁰ Si veda, la sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punti 32-37, in cui il giudice UE ha affermato che per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse (a carattere amministrativo) e sanzioni penali fosse possibile ai sensi dell'art. 50 della Carta. Su tale aspetto, si veda anche, T. LOCK, *Comment to Article 50 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2019, p. 2235 ss., 2238.

¹¹ Si veda, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, in Serie A, n. 73, punti 50 e 52, in cui si afferma che il carattere penale o amministrativo di una sanzione non dipende dalla definizione datane da un testo normativo ma risulta invece da altri elementi, quali la gravità della sanzione, alle modalità di esecuzione e alle finalità repressive e dissuasive.

¹² A questo riguardo, il contributo decisivo è stato indubbiamente quello della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, ricorso n. 43509/08, §§ 38-44, in cui la Corte europea è giunta alla conclusione che, tenuto conto dell'elevato valore delle sanzioni pecuniarie inflitte, le procedure *antitrust* possono essere qualificate come "accuse penali", ai sensi dell'art. 6 CEDU. Su tali aspetti, si veda anche, P. MANZINI, *Ammende antitrust e diritti fondamentali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 299 ss.

¹³ Per una trattazione approfondita di tali tematiche, sia permesso di rinviare a M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Padova, 2012, p. 93 ss., nonché p. 221 ss.

¹⁴ Si veda, W. P. J. WILS, *The Principle of Ne Bis In Idem*, in W. P. J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford e Portland, 2005, p. 93 ss., p. 95. A maggior ragione tali considerazioni si applicano anche ai procedimenti nazionali che applicano il diritto della concorrenza nazionale, come evidenziato dalla Corte EDU nella già ricordata sentenza *Menarini Diagnostics*.

¹⁵ Si tratta dell'ambito di maggiore interesse ai fini del funzionamento efficace della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza, meglio conosciuta come *European Competition Network* (ECN), strumento di

procedura ad aver affrontato l'argomento dello svolgimento parallelo di procedimenti UE e nazionali, tuttavia, è riconducibile a un periodo piuttosto risalente rispetto all'operatività della c.d. *European Competition Network* (ECN) istituita con il regolamento 1/2003. Si tratta, infatti, della sentenza nella causa *Walt Wilhelm*, in cui la Corte di giustizia aveva sostenuto che la possibilità che un medesimo accordo fosse oggetto di due procedimenti paralleli, dinanzi alla Commissione, ai sensi dell'art. 101 TFUE, e dinanzi a un'autorità nazionale, in base alla normativa interna, non costituisca una violazione del principio del *ne bis in idem*, se si teneva conto delle differenze tra i due ordinamenti, che, in materia di intese, considererebbero le stesse sotto diversi aspetti, segnatamente il primo sotto il profilo degli ostacoli per il commercio tra gli Stati membri, mentre il secondo in un ambito più ristretto, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato¹⁶. Il giudice dell'Unione, nella stessa causa, dopo aver ammesso la possibilità di due procedimenti paralleli, aggiunse poi che, se ciò avesse implicato l'imposizione di una doppia sanzione pecuniaria, «un'esigenza generale di equità» avrebbe implicato che si tenesse conto, nella determinazione della seconda, delle decisioni sanzionatorie anteriori¹⁷. Nei primi decenni del processo di integrazione europea, anni in cui si colloca la sentenza *Walt Wilhelm*, era piuttosto comprensibile che la legislazione *antitrust* nazionale, laddove esistente, e quella allora comunitaria perseguissero obiettivi differenti, in ragione del graduale consolidamento dell'applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza, che solo dopo qualche decennio avrebbe esercitato quel ruolo di armonizzazione delle discipline *antitrust* degli Stati membri, culminato poi con l'adozione del regolamento 1/2003, che prevede espressamente, all'art. 3, l'applicazione parallela del diritto *antitrust* nazionale e del diritto della concorrenza dell'UE da parte delle autorità nazionali, sancendo così la piena diretta applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE.

3. (segue) *Il criterio dell'“interesse giuridico tutelato” quale elemento distintivo dell'applicazione del principio al diritto UE della concorrenza*

La Corte di giustizia, con riguardo alla rilevazione dell'*idem factum* ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto della concorrenza, nella sentenza *Aalborg Portland*, concernente un cartello nel settore del cemento, ha evidenziato una triplice condizione di identità dei fatti, unità del contravventore e unità dell'interesse giuridico tutelato, facendo divieto di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico¹⁸. Nella causa di specie, tuttavia, il giudice dell'Unione ha negato la sussistenza di una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto la decisione della Commissione presentava un oggetto diverso rispetto a quello della pronuncia dell'autorità *antitrust* italiana, mancando così la

cooperazione tra la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali degli Stati membri, istituito dal regolamento 1/2003 per gestire al meglio l'applicazione parallela della disciplina *antitrust* UE e nazionale da parte delle autorità coinvolte prevista dall'articolo 3 del regolamento in parola. Il principio del *ne bis in idem*, tuttavia, rileva anche in altri due ambiti, quale quello UE in senso stretto, quindi tra due procedimenti dinanzi alla Commissione, e quello concernente i rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti nazionali di Paesi terzi.

¹⁶ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm*, ECLI:EU:C:1969:4, punto 3.

¹⁷ *Ivi*, punto 11.

¹⁸ Sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P *et al.*, *Aalborg Portland et al. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004: 6, punto 338.

necessaria identità dei fatti¹⁹. La causa *Aalborg Portland* ha costituito comunque l'inizio del consolidamento di una linea di pensiero, che è andata formandosi in particolare tra gli Avvocati generali, tendente ad ammettere, in via generale, la presunzione dell'unicità del bene giuridico tutelato tra la normativa UE in materia di concorrenza e le discipline *antitrust* nazionali, ossia la tutela della concorrenza libera e aperta sul mercato a livello nazionale e UE²⁰. Infatti, anche nel caso in cui un'attività collusiva non travalicasse le frontiere di uno Stato membro, essa sarebbe comunque idonea a pregiudicare il libero gioco della concorrenza nel mercato interno²¹.

I dubbi sull'unicità dell'interesse giuridico tutelato sono apparsi in buona parte fugati dall'entrata in vigore del regolamento 1/2003, il quale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, dispone che le autorità garanti della concorrenza nazionali, allorquando applicano la disciplina interna nei confronti di accordi o pratiche coperte dagli artt. 101 o 102 TFUE, saranno obbligate ad applicare anche queste ultime, rendendo così più evidente la rilevanza del *ne bis in idem*. In effetti, nell'Unione di oggi è più problematico riconoscere importanza agli interessi giuridici tutelati per stabilire la presenza dell'*idem*. Infatti, il diritto nazionale e quello dell'UE convergono sempre più e non appare più così netto affermare che il diritto della concorrenza nazionale e quello dell'Unione considerano un comportamento anticoncorrenziale sotto aspetti diversi²². Tuttavia, la Corte di giustizia, nella causa *Toshiba*, prima pronuncia di una certa rilevanza sul *ne bis in idem* dall'entrata in vigore del regolamento 1/2003, ha in qualche modo confermato i capisaldi della sentenza *Walt Wilhelm*. In particolare, il giudice dell'Unione ha affermato che le regole di concorrenza a livello europeo e nazionale considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi e i loro ambiti di applicazione non coincidono²³. Sulla base di tali premesse, però, nella causa di specie, così come accaduto nel passato ma anche successivamente a tale pronuncia, la Corte di giustizia ha respinto la rilevanza del *ne bis in idem* ma non per mancanza di unicità del bene giuridico tutelato tra l'ordinamento UE e quello nazionale²⁴, quanto piuttosto per la mancanza dell'identità dei fatti tra la procedura nazionale e quella UE, con particolare riferimento al territorio e al periodo di riferimento.

¹⁹ *Ivi*, punti 339-340.

²⁰ Si vedano, le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer dell'11 febbraio 2003, causa C-213/00 P, *Italcementi c. Commissione*, ECLI:EU:C:2003:84, punto 91, in cui ha affermato che: «Nel sistema di protezione della libera concorrenza non si può parlare, all'interno dell'Unione europea, di ambiti diversi, quello comunitario e quelli nazionali, come si trattasse di compartimenti stagni. Entrambi i settori sono orientati alla tutela di una concorrenza libera e aperta nel mercato comune, nella sua interezza, nel primo, e nei suoi vari componenti, nel secondo, ma la sostanza è la stessa. In tale materia, le legislazioni nazionali devono rappresentare la corretta trasposizione delle disposizioni contenute agli artt. [101 e 102 TFUE], come sviluppate dal diritto derivato».

²¹ *Ivi*, punto 94.

²² Si vedano, in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl del 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, ECLI:EU:C:2018:976, par. 40.

²³ Sentenza della Corte del 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, ECLI:EU:C:2012:72, punto 81. In tale occasione, il giudice UE ha anche affermato che ciò sarebbe corroborato dalla disposizione dell'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento 1/2003, dalla quale risulta che le autorità *antitrust* nazionali conservano il loro potere di agire anche se la Commissione ha già essa stessa adottato una decisione. Secondo tale disposizione, le autorità nazionali possono intervenire posteriormente alla Commissione, essendo loro vietato di pronunciarsi solo in maniera contraria a una precedente decisione della Commissione. *Ibidem*, punto 85. Per un commento a tale pronuncia, si vedano, M. MESSINA, *The operation of ne bis in idem in the application of European Union competition law rules across the European Union: recent developments in the light of the Toshiba case*, in *ERA Forum*, 2012, p. 163 ss.; e, G. MONTI, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2014, p. 261 ss.

²⁴ Sentenza della Corte del 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, cit., punti 98-99.

L'entrata in vigore del regolamento 1/2003 ha introdotto un profilo di sicuro interesse con riguardo all'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai rapporti tra autorità *antitrust* nazionali e dell'UE, costituito dalla creazione della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza, meglio nota come *European Competition Network* (ECN). Quest'ultima avrebbe dovuto essere in grado di limitare il fenomeno dell'imposizione di sanzioni multiple da parte della Commissione e delle autorità nazionali. Tuttavia, lo stesso regolamento ha introdotto un sistema di competenze parallele, che non fornisce dei precisi criteri di competenza, eccezion fatta per l'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento 1/2003, in cui è previsto che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della concorrenza della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. Per contro, però, la disposizione dell'art. 13 dello stesso regolamento non sembra garantire appieno la tutela del *ne bis in idem*, poiché il fatto che un'autorità si stia occupando di un caso costituisce per le altre autorità unicamente una mera facoltà di sospendere il procedimento o di respingere una denuncia. In assenza di un vero e proprio obbligo di sospensione o chiusura del procedimento, infatti, rimane ipotizzabile la possibilità di un doppio o plurimo procedimento con conseguente comminazione di un'altrettanta pluralità di sanzioni²⁵. La Commissione, a questo riguardo, ha cercato di ovviare fin da subito alla mancanza di precisi criteri di ripartizione delle competenze, attraverso l'adozione della Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della suddetta rete, in cui, nel fornire elementi interpretativi, ha indicato alcuni criteri riguardanti l'idoneità di un'autorità a trattare un determinato caso²⁶. Sulla base delle disposizioni in essa contenute, non solo non è escluso che più autorità si occupino del medesimo caso, ma anzi ne viene regolamentata l'azione, prevedendo dei meccanismi di coordinamento. In ogni caso, l'azione parallela di due o tre autorità *antitrust* nazionali potrebbe rivelarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità nazionale non sia sufficiente a far cessare l'infrazione nel suo complesso e/o sanzionarla adeguatamente.

Il criterio dell'"interesse giuridico tutelato" ha costituito per decenni quell'elemento distintivo che caratterizza l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel settore *antitrust*, rispetto alle altre aree del diritto dell'Unione in cui rileva l'applicazione del principio in parola, come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e il settore penale, ambiti in cui il criterio del bene giuridico da tutelare è risultato recessivo, rispetto agli altri due, nella valutazione del rispetto o meno del principio. Infatti, secondo un orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia in materia penale, l'identità del reato deve essere intesa quale *idem* fattuale, ossia come insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro²⁷. Conseguentemente, l'identità di un'infrazione penale deve essere stabilita sulla base del duplice criterio della coincidenza dei fatti contestati e del contravventore, non attribuendo alcun rilievo alla qualificazione giuridica dei fatti e all'interesse giuridico tutelato. Quest'ultimo criterio, infatti, nel settore penale, creerebbe degli ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen, tanti quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati

²⁵ Per una trattazione più approfondita di tali tematiche, si vedano, M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, cit., p. 234 s.; nonché, K. DEKEYSER, C. GAUER, *The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence*, in B.E. HAWK (a cura di) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, 2005, p. 549 ss., 574 ss.

²⁶ Si veda, la Comunicazione della Commissione *sulla cooperazione nell'ambito della rete europea delle autorità garanti della concorrenza* del 27 aprile 2004, in GUUE, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43.

²⁷ Si veda, la sentenza della Corte del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2006:165, punto 36.

membri²⁸. Nell'applicazione del *ne bis in idem* ai procedimenti e alle decisioni concernenti il diritto della concorrenza dell'Unione, invece, la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato che le regole di concorrenza a livello UE e nazionale considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi, facendo sì che i loro ambiti di applicazione non coincidano²⁹, limitando così la sfera di applicazione del principio in parola. Così facendo, secondo il giudice dell'Unione, il *ne bis in idem* non rilevarebbe in una situazione in cui l'autorità nazionale della concorrenza applica in parallelo il diritto *antitrust* nazionale e le regole di concorrenza dell'Unione e sanziona un'impresa infliggendole un'ammenda per la violazione del diritto nazionale e una per l'inosservanza delle regole UE, nonostante le stesse siano previste nell'ambito di una medesima decisione³⁰. In quest'ultima circostanza, ossia allorché l'autorità nazionale della concorrenza decida di infliggere due diverse ammende nell'ambito di una stessa decisione, dovrà assicurarsi, però, che esse siano proporzionate alla natura dell'infrazione³¹. Tale filone giurisprudenziale, da cui il giudice dell'UE non ha voluto discostarsi nella sentenza *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, era stato ampiamente criticato dall'AG Wahl nelle sue conclusioni alla presente causa, in quanto un'interpretazione variabile del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico considerato nuocerebbe all'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Inoltre, sempre secondo l'AG Wahl, il solo fatto che la normativa in materia di concorrenza non rientri nella sfera del diritto penale *stricto sensu* o che le sanzioni nell'ambito del diritto della concorrenza debbano spiegare un effetto deterrente, e non punitivo come quelle penali in senso stretto, tale da garantire un'efficace tutela della concorrenza, non costituisce una ragione sufficiente per limitare la tutela di cui all'art. 50 della Carta nel settore in parola³². Infatti, una tutela efficace della concorrenza all'interno dell'UE, che tenga conto dei diritti delle imprese coinvolte, può essere raggiunta anche senza ricorrere al requisito dell'identità degli interessi giuridici tutelati. In base al duplice criterio dell'identità dei fatti e del contravventore, il *ne bis in idem* vieterebbe comunque che all'interno dell'Unione più autorità *antitrust* infliggano sanzioni per gli effetti anticoncorrenziali di una medesima azione con riferimento allo stesso territorio e allo stesso periodo all'interno dell'UE. Al contempo, però, nulla osterebbe a che più autorità perseguano o puniscano le limitazioni della concorrenza derivanti da una medesima condotta tenutasi in differenti territori o in differenti periodi, fermo restando, in ogni caso, il rispetto del requisito generale pronunciato nella sentenza *Walt Wilhelm*, secondo cui, nel determinare la sanzione da infliggere, deve comunque tenersi conto delle decisioni repressive anteriori³³.

²⁸ *Ivi*, punto 35.

²⁹ Si veda, la sentenza della Corte del 3 aprile 2019, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, ECLI:EU:C:2019:283, punto 25.

³⁰ *Ivi*, punto 35.

³¹ *Ivi*, punto 38. Per un commento alla sentenza in oggetto, si veda, F. GALLARATI, *Antitrust e ne bis in idem: la Corte di giustizia rimanda la soluzione del problema*, in *DPCE online*, n. 3, 2019, p. 2231 ss.

³² Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl del 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, cit., punto 46, in cui sono state pienamente condivise le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dell'8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, ECLI:EU:C:2011:552, punti 120-122.

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl del 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, cit., punto 48, in cui viene fatto espresso riferimento alle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dell'8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, cit., punto 131. Per un commento alle conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl nella causa *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, si veda, A. ROSANÒ, E. SALMINI STURLI, *L'ultima legal suasion dell'AG Wahl in tema di ne bis in idem applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di giustizia*, in *Osservatorio europeo Dir. Un. Eur.*, giugno 2019, p. 1 ss.

I buoni propositi dei diversi Avvocati Generali susseguirsi negli anni – non ultimo l'Avvocato Generale Wahl nelle menzionate conclusioni del 2018 – sull'irrilevanza del terzo criterio dell'interesse giuridico tutelato nell'applicazione del *ne bis in idem* all'ambito del diritto della concorrenza nel mercato interno, per ragioni evidentemente legate alla necessità di garantire un'applicazione uniforme del principio in parola nell'Unione, sono stati in un certo senso ricondotti ancora una volta nell'alveo del filone giurisprudenziale prevalente nella successiva causa *Slovak Telekom*, la cui sentenza è stata pronunciata peraltro dalla sezione della Corte presieduta da Nils Wahl, transitato nel frattempo dalla funzione di avvocato generale a quella di giudice della Corte di giustizia³⁴. In tale occasione, infatti, è stata confermata la consolidata giurisprudenza UE sul soddisfacimento della condizione dell'*idem*, subordinata alla triplice condizione dell'identità dei fatti, del soggetto sanzionato e dell'interesse giuridico tutelato. Di conseguenza, nell'ambito del diritto UE della concorrenza, il principio del *ne bis in idem* continuerebbe a vietare di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito al fine di tutelare lo stesso bene giuridico³⁵. In un certo senso, però, se si analizzano i fatti sottesi alla causa *Slovak Telekom*, risulta piuttosto evidente che questi non fossero dei più idonei per ispirare uno slancio in avanti del giudice UE verso l'uniformazione dei criteri per l'applicazione del *ne bis in idem* nell'intera Unione. Infatti, nella causa di specie, il prerequisite dell'identità dei fatti non era soddisfatto in modo alquanto evidente, in quanto il procedimento condotto dall'autorità *antitrust* slovacca e quello della Commissione, nonché le decisioni adottate a seguito di tali procedimenti, riguardavano pratiche anticoncorrenziali commesse su mercati di prodotto distinti³⁶, non essendo quindi necessario, ancora una volta, ricorrere alla rilevanza o meno del terzo criterio dell'interesse giuridico tutelato.

La ricerca di criteri interpretativi uniformi per la rilevanza del *ne bis in idem* nell'intero ordinamento giuridico dell'Unione, individuando come punti cardine l'identità del fatto e del contravventore, prescindendo dall'identità dell'interesse giuridico tutelato, è sembrata a un certo punto favorita dalla sentenza *Menci*, che, ancorché non riguardante il settore della concorrenza, aveva affermato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardino scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata³⁷, e purché tale cumulo sia proporzionato, ossia non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa.

4. Le recenti pronunce della Corte di giustizia UE e il superamento (solo formale?) del criterio dell'"interesse giuridico tutelato"

³⁴ Sentenza della Corte del 25 febbraio 2021, causa C-857/19, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:139.

³⁵ *Ivi*, punto 43.

³⁶ *Ivi*, punti 45-46, in cui è stato evidenziato che gli abusi di posizione dominante rilevati dalla Commissione e dall'autorità *antitrust* nazionale coinvolta riguardavano mercati di prodotto differenti, nello specifico, quello dell'accesso all'ingrosso alla rete locale disaggregata e ad altri servizi di accesso alla banda larga, per la Commissione, e quelli all'ingrosso e al dettaglio dei servizi telefonici e dei servizi di accesso a internet a banda stretta per accesso commutato, per l'autorità nazionale.

³⁷ Sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punto 44. Sulla causa in oggetto, si veda, P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto del ne bis in idem non è ancora finita*, in *Osservatorio europeo Dir. Un. Eur.*, ottobre 2017, p. 1 ss.

Il contenuto della sentenza *Menci* ha dovuto però attendere comunque qualche anno prima di poter esercitare una qualche influenza anche al settore del diritto della concorrenza. In ogni caso, il merito di quest'ultima pronuncia del giudice UE è stato quello di spostare l'attenzione, ai fini della rilevanza del *ne bis in idem*, dalla nozione di *idem* e dai criteri ad essa legati, alla clausola generale di limitazione dei diritti, di cui all'art. 52, par. 1, della Carta, che, a pieno titolo, si applica anche al divieto di *bis in idem* previsto all'art. 50 della Carta stessa. In virtù di tale clausola, infatti, una limitazione del *ne bis in idem* può essere giustificata solo se essa è conforme al dettato dell'art. 52, par. 1, della Carta, ossia se tali limitazioni all'esercizio di diritti e libertà riconosciuti dalla Carta, come il *ne bis in idem*, siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. In conseguenza delle precisazioni contenute nella sentenza *Menci*, quindi, è stato opportunamente affermato che la duplicazione di procedimenti e di sanzioni non andrebbe più esaminata in considerazione del significato attribuito al *bis* e all'*idem*, ma sulla base delle condizioni di deroga fissate in modo tassativo dall'art. 52, par. 1, della Carta³⁸.

L'occasione per uniformare i criteri per la rilevanza del *ne bis in idem* nell'intero ordinamento giuridico dell'UE si è avuta con due rinvii pregiudiziali³⁹ dinanzi alla Corte di giustizia concernenti lo specifico criterio dell'interesse giuridico tutelato nell'ambito di applicazione del principio in parola al settore *antitrust*, ormai da decenni fonte di divergenze nell'applicazione del *ne bis in idem* nei differenti ambiti del diritto dell'Unione. In entrambe le circostanze, tuttavia, la Grande Sezione della Corte di giustizia non ha fatto alcun riferimento al criterio dell'interesse giuridico tutelato, nonostante i quesiti specifici, concernenti il criterio in oggetto, rivolti soprattutto dal giudice del rinvio nella causa *Nordzucker*, affermando piuttosto che la portata della tutela conferita dall'art. 50 della Carta non possa variare da un settore all'altro del diritto dell'Unione⁴⁰.

Nella causa *bpost*, nello specifico, la Corte d'appello di Bruxelles chiedeva al giudice dell'Unione se il principio del *ne bis in idem* impedisse all'autorità nazionale della concorrenza di imporre un'ammenda per una violazione del diritto *antitrust* UE in una situazione in cui la stessa persona giuridica fosse già stata liberata in via definitiva da un'ammenda impostale dall'autorità nazionale di regolamentazione postale per una presunta violazione della normativa postale, con riferimento ai medesimi fatti o a fatti analoghi⁴¹. Nel rispondere al quesito posto dal giudice del rinvio, la Corte di giustizia, ricorrendo a una giurisprudenza ormai consolidata, ha premesso che il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di un medesimo reato è quello dell'identità dei fatti materiali, da intendersi come un insieme di circostanze concrete derivanti da eventi che sono, in sostanza, gli stessi, in quanto coinvolgono lo stesso autore e sono inscindibilmente legati tra loro nel tempo e nello spazio. È a questo punto che il giudice UE, conformemente alla sentenza *Menci*, ha affermato che una limitazione del diritto fondamentale garantito dall'articolo 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'art. 52, par. 1, della Carta stessa, ossia deve essere prevista dalla

³⁸ A questo proposito, si veda, P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, p. 248 ss, 252.

³⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*, ECLI:EU:C:2022:202, e, alla sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, ECLI:EU:C:2022:203.

⁴⁰ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, cit., punto 40, e sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*, cit., punto 35.

⁴¹ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*, cit., punto 20.

legge, deve rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e deve essere necessaria e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁴². Sulla base di tali premesse, concernenti le condizioni per la limitazione dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sempre secondo la Corte di giustizia, per determinare se un cumulo di procedimenti e di sanzioni ai sensi di una normativa settoriale e del diritto della concorrenza rispondesse a un obiettivo di interesse generale, occorre constatare che le due normative in questione perseguissero obiettivi legittimi distinti; nella causa di specie, la liberalizzazione del mercato interno dei servizi postali, per la normativa settoriale, e la garanzia che la concorrenza non sia falsata in tale mercato, per le norme poste a tutela della concorrenza nell'UE. Pertanto, il fatto che due procedimenti perseguono obiettivi di interesse generale distinti, che è legittimo tutelare cumulativamente, può essere preso in considerazione quale fattore diretto a giustificare tale cumulo, a condizione però che tali procedimenti siano complementari, riguardino, quindi, scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta illecita⁴³. In effetti, nella causa *bpost*, il compito del giudice dell'Unione non presentava particolari criticità dal punto di vista della complementarità degli scopi delle due normative oggetto dei due procedimenti nazionali, l'una, riguardante la liberalizzazione del mercato dei servizi postali, l'altra, la tutela della concorrenza nel mercato di riferimento. Di conseguenza, la stessa Corte non ha avuto particolari difficoltà nell'affermare la non rilevanza del *ne bis in idem* nella causa di specie. In verità, la Corte avrebbe potuto concludere allo stesso modo anche se avesse fatto ricorso al tradizionale terzo criterio dell'interesse giuridico tutelato ai fini della constatazione dell'*idem factum*. Infatti, è indubbio che le due normative in oggetto perseguissero interessi giuridici differenti; tuttavia, il giudice dell'Unione ha optato per l'applicazione del criterio stabilito nella sentenza *Menci*⁴⁴.

La causa *Nordzucker* si basava, invece, su fatti differenti e aveva quale oggetto principale il quesito rivolto dalla Corte suprema austriaca, ossia se il terzo criterio previsto dalla giurisprudenza UE in materia di concorrenza, ai fini dell'applicabilità del principio del *ne bis in idem*, vale a dire la tutela del medesimo interesse giuridico tutelato, trovi applicazione anche quando le autorità garanti della concorrenza di due Stati membri sono chiamate ad applicare per la medesima fattispecie e in relazione alle medesime persone, unitamente a disposizioni nazionali, anche le medesime norme giuridiche di diritto UE. Il giudice del rinvio, in effetti, va anche oltre, chiedendo specificamente se, in caso di applicazione parallela del diritto della concorrenza europeo e nazionale, ci si trovi dinanzi al medesimo interesse giuridico tutelato⁴⁵. La Corte di giustizia, in tale occasione, nel rispondere che il principio di cui all'art. 50 della Carta non ostasse a che un'impresa fosse perseguita e sanzionata, in momenti differenti, da due autorità garanti della concorrenza di due diversi Stati membri per un'infrazione alla normativa UE e alle corrispondenti disposizioni di diritto nazionale in materia di concorrenza per un medesimo comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale sul territorio di entrambi gli Stati membri, ha affermato che, ai fini della non rilevanza del principio in parola, occorre che la decisione adottata dalla seconda autorità garante della concorrenza, quella austriaca nella causa di specie, non fosse fondata

⁴² *Ivi*, punto 41.

⁴³ *Ivi*, punti 49 e 50.

⁴⁴ P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, cit., p. 253. Si veda, a tal riguardo, anche, P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, in *BlogDUE*, 22 aprile 2022, p. 1 ss.

⁴⁵ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, cit., punto 25

sulla constatazione di un oggetto o di un effetto anticoncorrenziale nel territorio del primo Stato membro. Così facendo, il giudice UE ha fatto intendere, come già fatto in passato, che la non applicazione del *ne bis in idem*, anche in tale occasione, non fosse riconducibile al diverso interesse giuridico tutelato dalle due normative in oggetto, quanto piuttosto alla mancanza dell'*idem factum*, riconducibile al differente territorio di riferimento dell'infrazione, quindi a un differente mercato geografico.

La sentenza *Nordzucker*, pertanto, non risulta particolarmente innovativa per quanto concerne il dispositivo finale – bisogna ammettere non dissimile da quelli affermati nelle già ricordate sentenze *Slovak Telekom* e, soprattutto, *Toshiba*. L'innovatività della sentenza *Nordzucker* è, invece, riconducibile alle motivazioni e alle considerazioni che hanno indotto il giudice UE a concludere nel senso della non rilevanza del principio del *ne bis in idem*. In tale occasione, infatti, la Corte di giustizia, come accaduto nella sentenza parallela nella causa *bpost*, ha esteso i criteri *Menci* alle fattispecie relative alla politica di concorrenza, rendendo così univoci e uniformi i parametri per l'operatività del principio del *ne bis in idem*⁴⁶. Conformemente alla giurisprudenza *Menci*, la Corte, nella sentenza *Nordzucker*, ha confermato che una limitazione del diritto fondamentale di cui all'art. 50 della Carta può essere giustificata sul fondamento dell'art. 52, par. 1, della stessa Carta. Nello specifico, le eventuali limitazioni devono essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale⁴⁷, di conseguenza, la deroga al divieto di *bis in idem* deve rispettare, tra le altre, la condizione che il secondo procedimento persegua un obiettivo di interesse generale. In considerazione, quindi, dell'importanza attribuita a quest'ultimo obiettivo, un cumulo di procedimenti e di sanzioni può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardino, in vista della realizzazione di tale obiettivo di interesse generale, scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta interessata⁴⁸. Qualora non fossero ravvisabili tali scopi complementari tra i due procedimenti e/o tra le due sanzioni, invece, un cumulo di questi ultimi non sarebbe giustificato ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta. In una siffatta circostanza, il principio del *ne bis in idem* opererebbe pertanto nella sua interezza.

Nell'analizzare parallelamente le due pronunce *bpost* e *Nordzucker* alla luce dell'applicazione dei criteri *Menci* all'ambito del diritto della concorrenza, emergono, tuttavia, delle interessanti considerazioni, se si tiene conto dei differenti fatti oggetto delle due pronunce parallele. Infatti, mentre nella sentenza *bpost* i due procedimenti coinvolti perseguivano piuttosto chiaramente differenti interessi generali, in particolare, la liberalizzazione dei servizi postali, per la normativa settoriale, e la tutela della concorrenza nel mercato di riferimento, per la normativa *antitrust*; nella sentenza *Nordzucker*, le due autorità garanti della concorrenza, quella tedesca e quella austriaca, apparivano perseguire lo stesso interesse generale, ossia garantire la libera concorrenza, facendo sì che il cumulo di procedimenti e di sanzioni potesse essere giustificato solo quando avessero riguardato scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta. Di conseguenza, bisognava verificare se nel primo procedimento l'autorità della concorrenza tedesca avesse inteso accertare l'esistenza del comportamento anticoncorrenziale anche con riferimento ai suoi effetti e conseguenze sul territorio di un altro Stato membro, come quello austriaco,

⁴⁶ Si veda, P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, cit., 254; unitamente a P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, cit., p. 5.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, cit., punto 50.

⁴⁸ *Ivi*, punto 52, in cui viene fatto espresso richiamo alla sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, cit., punto 44.

oggetto per l'appunto del secondo procedimento condotto dall'autorità di concorrenza austriaca.

In base alle considerazioni che precedono, il criterio dell'individuazione di uno scopo complementare riguardante aspetti differenti della medesima condotta, ai fini dell'operatività della deroga al divieto di *bis in idem*, è stato ritenuto in un certo senso non del tutto dissimile dal precedente criterio del differente interesse giuridico tutelato. Infatti, lo stesso Avvocato Generale Bobek, nelle sue conclusioni alle cause in oggetto, ha affermato che quest'ultimo criterio, come una sorta di "camaleonte", sembrerebbe solo aver assunto colori diversi⁴⁹; evidentemente quelli della complementarità degli scopi perseguiti, visto che, analizzando la giurisprudenza precedente, nulla vietava che gli interessi giuridici tutelati fossero comunque complementari, ancorché diversi, ai fini dell'operatività del *bis in idem*.

La ricerca dell'uniformità dei criteri per l'operatività dei limiti al divieto di *bis in idem* nei diversi settori del diritto UE, promossa dalla Corte di giustizia nelle due sentenze *bpost* e *Nordzucker*, non ha comunque risolto con chiarezza la questione, forse più importante, della differenza tra l'interesse generale – previsto dall'art. 52, par. 1, della Carta – e l'interesse giuridico da tutelare – storico terzo criterio per l'operatività del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza – destinata a generare problemi che solo la giurisprudenza a venire potrà risolvere. Ciò che è certo, invece, in seguito a un'applicazione più generalizzata della giurisprudenza *Menci* anche al settore della concorrenza, è che il principio di proporzionalità sembra assumere un'importanza sempre maggiore, ritenendolo soddisfatto se i procedimenti duplicati perseguono obiettivi di interesse generale distinti, che si pongono in un rapporto di stretta complementarità soprattutto ai fini sanzionatori. Così facendo, il divieto di cui all'art. 50 della Carta diviene sempre più una tutela a posteriori contro il carattere sproporzionato delle sanzioni, rispetto a una garanzia che rileva *ex ante*.

5. Considerazioni conclusive

Sono trascorsi ormai dieci anni dalla pronuncia *Toshiba* – come già ricordato prima vera causa di una certa rilevanza sul *ne bis in idem* dopo l'entrata in funzione della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza (ECN) disciplinata dal regolamento 1/2003 – con cui il giudice UE aveva confermato i criteri enunciati nella sentenza *Walt Wilhelm*. Criteri, in effetti, ulteriormente confermati anche dalla giurisprudenza UE successiva, eccezion fatta per i numerosi inviti in senso contrario degli avvocati generali, in quelle che si potrebbero definire delle "opinioni dissenzienti", a voler utilizzare un'espressione non certo propria dell'ordinamento dell'Unione. Trascorsi questi dieci anni dalla pronuncia della Grande sezione della Corte nella causa *Toshiba*, è indubbio che il giudice dell'Unione, nella stessa composizione in Grande sezione, abbia concretamente provato ad abbandonare la storica dicotomia di criteri, nel determinare l'operatività o meno del principio del *ne bis in idem*, tra il diritto della concorrenza e gli altri ambiti di applicazione dello stesso principio nell'ordinamento UE. In effetti, nella forma, si tratta di un'operazione riuscita per il giudice dell'Unione, che, nelle due sentenze *bpost* e *Nordzucker*, è sembrato ricondurre a unità i suddetti criteri, applicando al controverso settore *antitrust* quelli di cui alla sentenza *Menci*, a

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek del 2 settembre 2021, causa C-117/20, *bpost SA*, ECLI:EU:C:2021:680, punto 128.

loro volta riconducibili a quei limiti generali, all'esercizio dei diritti e delle libertà di cui alla Carta, previsti dall'art. 52, par. 1, della Carta stessa, applicabili quindi anche al diritto di cui all'art. 50 ivi previsto. Nella sostanza, invece, sarà la giurisprudenza della Corte di giustizia a doverci fornire dei chiarimenti. Infatti, a fronte di una scarsa applicazione in concreto del criterio dell'interesse giuridico tutelato nella giurisprudenza precedente, la deroga al divieto di *bis in idem* nel settore del diritto della concorrenza appare oggi poter rilevare con una maggiore frequenza grazie al "nuovo" criterio dell'interesse generale, che sembrerebbe potersi applicare con più semplicità, in funzione della sua portata che appare più ampia e che potrebbe far rientrare al suo interno, ai fini della deroga al divieto, anche quelle situazioni in cui i procedimenti e le sanzioni coinvolte riguardassero territori differenti; tra i motivi più ricorrenti, questi ultimi, di non rilevanza del *ne bis in idem* anche nella giurisprudenza precedente in materia. Resta da capire, però, come il giudice dell'Unione intenderà interpretare quegli "scopi complementari" riguardanti aspetti differenti della medesima condotta che contribuiscono alla realizzazione di quell'interesse generale necessario affinché possa operare la deroga al divieto di *bis in idem*. L'Avvocato Generale Bobek, con il suo "camaleonte", ci ha fatto capire che la ricerca dell'uniformità probabilmente abbia importato più il profilo formale che quello sostanziale dell'applicazione del principio in parola nei diversi settori del diritto UE. Rimane da vedere come la Corte di giustizia intenderà declinare nella sostanza una tale uniformità di applicazione del *ne bis in idem* nell'ordinamento dell'Unione, al momento, forse, solo formale.

ABSTRACT: *The Ne Bis in Idem in EU Competition Law: Is There Any Sign of Uniform Application in the Union?*

The *Ne Bis In Idem* applies to EU competition law procedures, therefore to the application of Articles 101 and 102 TFEU, because of their similarities, and in particular of the decisions adopted by the European Commission in particular when it imposes pecuniary sanctions against the addressees, to the criminal law sphere. The application of the principle in the field of EU competition law, however, has not always been in line with its application in other areas of the EU legal system, thus contributing to a non-uniform application of the *ne bis in idem* in the Union. The present article offers an overview of the most important case law of the EU Court of Justice on the application of the principle at stake in the area of EU competition law, focussing on that third element for the identification of the *idem factum*, namely the 'legal interest protected', which differentiated its application in that area of EU law as compared to the others. The last part of the article, nevertheless, focuses on two recent judgments of the EU Court of Justice whereby the Union judge tries to depart from its previous case law, by no longer requiring the third element above, but by constructing the limitations to the application of the *ne bis in idem* on the relevance of the traditional limitations to the application of the rights provided in the EU Charter of Fundamental Rights, as provided in Article 52, paragraph 1, therein, and in particular on that necessity to meet objectives of 'general interest'.